Das Verhältnis des Wandelungsanspruches beim Kaufe zur Anfechtung des Kaufes wegen Irrtums oder Betrugs.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Rosenbaum

aus Witten

Gerichtsassessor in Bochum.

Approbiert am 21. Juni 1907.

Bochum 1907.

Buchdruckerei Wilh. Stumpf, G. m. b. H.

Das Verhältnis des Wandelungsanspruches beim Kaufe zur Anfechtung des Kaufes wegen Irrtums oder Betrugs.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD.
LAUBAT.
BIBL.

vorgelegt von

Wilhelm Rosenbaum

aus Witten

Gerichtsassessor in Bochum.

Approbiert am 21. Juni 1907.

Bochum 1907.

Buchdruckerei Wilh. Stumpf, G. m. b. H.

Referent: Univ.-Professor Dr. Siber.

Dem Andenken meiner teuren Mutter!

Meinem lieben Vater!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549821_0069

Literaturverzeichnis.

Baum: Irrtum und Gewährleistung. In der „Deutschen Juristen-Zeitung“ 1902 Seite 144—145.

Beer: Arglistiges Verschweigen. In der „Deutschen Juristen-Zeitung“ 1904 Seite 88—93.

Betzinger: Berührungspunkte zwischen den ädilizischen Rechtsbehelfen (§§ 459 ff. Bgb.), der Anfechtung wegen Irrtums (§ 119 Bgb.) und der Kondiktion (§ 812 Bgb.) Im „Recht“ 1903. Seite 276—278.

Biermann: Die Klage des wandelungsberechtigten Käufers nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches. Im „Archiv für die zivilistische Praxis.“ Band 95, Seite 315—337.

Breucha: Über die Zulässigkeit der Anfechtung gemäss § 119 Bgb. beim Vorhandensein von Mängeln an gekauften Haustieren der im § 481 Bgb erwähnten Arten. Zum Begriff der „wesentlichen Eigenschaft.“ In den „Jahrbüchern der württembergischen Rechtspflege.“ Band 15, Seite 253—269.

Cosack: „Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.“ Band I, 2. Auflage 1899.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Band I. Einleitung und allgemeiner Teil 1900. Band II. Recht der Schuldverhältnisse 1902.

Crome: Über den Begriff der zugesicherten Eigenschaften der Kaufsachen. (§ 459 Bgb.) „Im Recht“ 1902 Seite 333—335.

Danz: Über das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. In „Iherings Jahrbüchern“ Band 46, Seite 381 ff. (cit. Danz I).

Danz: Auslegung der Rechtsgeschäfte. 2. Auflage 1906. (cit. Danz II).

Dernburg: Pandekten. 5. 6. Auflage 1897. 1900.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens. Band I: Allgemeine Lehren 1902. Band II: Die Schuldverhältnisse. Erste Abteilung. 3. Auflage 1905. Zweite Abteilung. 1. 2. Auflage 1901.

Düringer: Das Handelsgesetzbuch vom 18. Mai 1897.

Hachenburg: Buch I, III. 1905.

Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel. In „Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts.“ Band 43, Seite 305 ff.

Eck: Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. 1. 2. Auflage 1903, 1904.

Endemann: Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches. 5. Auflage 1899.

Enneccerus: Das bürgerliche Recht. Band I, 1900.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen. 6. Auflage 1904.

Gareis: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 1900.

Haymann: Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandelungsanspruches. In „Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts.“ Band 46, Seite 509 ff.

Kloss: Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache. Im „Sächsischen Archiv für bürgerliches, Recht und Prozess.“ Band 9, Seite 273 f.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Band I, 1906.

Krückmann: Wandelung und Anfechtung beim Kaufe. Im „Archiv für die zivilistische Praxis.“ Band 98 Seite 420 f.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuche. 1898—1901.

Langheineken: Anspruch und Einrede. 1903.

Lenel: Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften. In „Jherings Jahrbüchern.“ Band 44, Seite 1 f.

Leonhard: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches 1900.

Leonhardt: Beiträge zur Irrtumslehre. In der „Deutschen Juristen-Zeitung.“ Band 10, Seite 20 ff.

Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Band I 1899.

Meyer: Zur Lehre vom Irrtum über Eigenschaften einer Sache. Im „Recht“ 1905. Seite 674 f.

Muskat: Über Ecks Irrtumslehre. Ein Beitrag zur Auslegung des § 119. In „Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts.“ Band 42, Seite 796 f.

Oertmann: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Das Recht der Schuldverhältnisse. II. Auflage 1906.

Oertmann: Zur Lehre von der Wandelung. Im „Recht“ Band 8, Seite 4 ff.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Band I. Einleitung und allgemeiner Teil. 3. Auflage 1903. Band II. Recht der Schuldverhältnisse. 1900.

Rehbein: Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 1903.

Rosenthal: Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Auflage. 1906.

Scheerer: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 1897—1904.

Schiedges: Zum arglistigen Verschweigen des Verkäufers. Bonner Dissertation 1902.

Schlossmann: Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem bürgerlichen Gesetzbuch 1903.

Schneider: Das Verhältnis zwischen Anfechtung eines Kaufes wegen Irrtums über Sachmängel und zwischen Wandelung. Im „Archiv für die zivilistische Praxis.“ Band 97, Seite 142 ff.

Schöller: Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag. Miete und Dienstvertrag nach dem Bgb. In „Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts.“ Band 46, Seite 1 ff.

Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Auflage. 1904.

Schollmeyer: Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. In „Iherings Jahrbüchern für Dogmatik des bürgerlichen Rechts.“ Band 49, Seite 93 f.

Schröder: Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. (§§459-480) 1903.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band I. 8. Auflage 1906. Band II 6. und 7. Auflage 1900.

Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Band II. Recht der Schuldverhältnisse. b. besonderer

Teil. Erläutert von Kober und Engelmann. 2. Auflage 1906.

Werner: Streitfragen aus dem Gebiete des Wandelungsrechts. Im „Recht“ 1902. Seite 282—284, 338—340, 476—477.

Weyl: System der Verschuldensbegriffe im bürgerlichen Gesetzbuche. 1905.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Auflage. Unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Kipp. Band 2. 1900.

Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. 1900.

Zitelmann: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Band I. 1900. (cit. Bgb)

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. 1888. (cit. Motive).

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches. Im Auftrage des Reichsjustizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn. (cit. Protokolle).

Inhaltsverzeichnis.

I. Teil.

Das Verhältnis des Wandelungsanspruches beim Kaufe zur Anfechtung des Kaufes wegen Irrtums.

Seite

§ 1. Einleitung . . . . . 11—12

§ 2. Wesen und Wirkungen der Anfechtung und Wandelung . . . . . 12—16

§ 3. Wie verhalten sich Wandelung und Anfechtung in ihren Voraussetzungen?

a) Irrtum zur Unkenntnis . . . . . 16—17

b) Die Irrung im Motiv des § 119 Abs. 2 Bgb. zu der der §§ 459 ff. Bgb. . . 17—18

c) Die Bedeutung der Irrung im § 119 Abs. 2 Bgb. zu der in §§ 459 ff. Bgb. 18—19

§ 4. Die Wesentlichkeit des Irrtums im § 119 Bgb. Abs. 2 und in den §§ 459 ff. Bgb. 20—21

§ 5. Die Eigenschaften einer Sache und solche Eigenschaften einer Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden 22—23

§ 6. Die Sachmängel der §§ 459 ff. Bgb. . . 23—26

§ 7. Zugesicherte Eigenschaften insbesondere 26—27

§ 8. Das Verhältnis der kaufrechtlichen Fehler zum Fehlen einer verkehrswesentlichen Sacheigenschaft . . . . . 28—32

§ 9. Der Konkurrenzfall . . . . . 32—41

II. Teil.

Das Verhältnis des Wandelungsanspruches beim Kaufe zur Anfechtung des Kaufes wegen Betrugs.

	Seite
§ 10. Allgemeines	42
§ 11. Einfluss des arglistigen Verhaltens des Käufers auf seine Haftpflicht	43—44
§ 12. Arglistige Täuschung und arglistiges Verschweigen	44—52
Der Konkurrenzfall	44—52

Abkürzungen:

Bgb. = Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich vom 18. August 1896.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

I. Teil.

Das Verhältnis des Wandelungsanspruches beim Kaufe zur Anfechtung des Kaufes wegen Irrtums.

§ 1.

Einleitung.

Nach § 462 des bürgerlichen Gesetzbuches kann der Käufer wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 Bgb. zu vertreten hat, die Rückgängigmachung des Kaufvertrages — die Wandelung — verlangen.

In Frage kommen hierbei gemäss § 459 Absatz 1 Bgb. nur solche Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit der Kaufsache zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern.

Die Haftung des Verkäufers für einen so gekennzeichneten Mangel der Kaufsache setzt voraus, dass ihn der Käufer beim Abschlusse des Vertrages nicht kannte. (§ 460 Abs. 1 Bgb.)

Mangelnde Übereinstimmung zwischen vorgestellter und wirklicher Beschaffenheit einer Sache schafft auch die Grundlage für eine Anfechtung des Kaufes wegen Irrtums oder Betrugs.

Für die zu behandelnde Frage kann bei einer Anfechtung des Kaufs wegen Irrtums nur der Absatz 2 des § 119 Bgb. herangezogen werden;

denn ein Zwiespalt zwischen Gewolltem und Erklärtem (§ 119 Absatz 1 Bgb.) liegt, soweit das Kaufgeschäft selbst in Frage steht, nicht vor. Der der Erklärung zu Grunde liegende Wille ist hier vielmehr durch eine falsche Vorstellung über die Eigenschaften der Kaufsache hervorgerufen worden. Da nun der Gesetzestext keine Beschränkung hinsichtlich der Arten von Geschäften enthält, deren Anfechtung wegen Irrtums gestattet sein soll,[1]) so steht nach wörtlicher Gesetzesauslegung nichts entgegen, das Anfechtungsrecht des § 119 Absatz 2 Bgb. auf den Kaufvertrag Anwendung finden zu lassen. — Eine das gegenseitige Verhältnis zwischen der Wandelung und der Anfechtung des Kaufes wegen Irrtums regelnde Bestimmung hat das Gesetz nicht getroffen. Um ein solches feststellen zu können, ist es erforderlich, Wesen und Wirkungen beider Rechtsbehelfe von einander abzugrenzen, sowie insbesondere zu prüfen, wie sich die Voraussetzungen der Wandelung und der Anfechtung zu einander verhalten.

§ 2.

Wesen und Wirkungen der Anfechtung und Wandelung.

Das Anfechtungsrecht des § 119 Bgb. ist ein „Recht des rechtlichen Könnens". Der Irrende hat die Befugnis, durch eine Handlung — die Anfechtungserklärung — eine gewollte Wirkung herbeizuführen. Der Käufer hat dagegen einen „Anspruch" auf Wandelung: er kann gemäss § 462 Bgb. die Rückgängigmachung des Kaufes verlangen. — Dass es sich um einen wirklichen Anspruch handelt, also um ein Recht des Käufers, von dem Verkäufer

[1]) Schlossmann a. a. O. S. 16.

ein Tun oder Unterlassen zu verlangen § 194 Bgb.), lässt sich unmittelbar durch § 477 Bgb. belegen, wonach „der Anspruch auf Wandelung" „verjährt".

Die Anfechtung des Kaufvertrages wegen Irrtums erfolgt gemäss § 143 Bgb. durch formlose „Erklärung" des Irrenden gegenüber dem Anfechtungsgegner. Die Erklärung kann wie regelmässig auch indirekt durch konkludente Handlung erfolgen. Sie ist einseitig, sodass es unerheblich ist, ob der Gegner mit ihr einverstanden ist oder nicht. Als empfangsbedürftige Willenserklärung wird die Anfechtung mit dem Empfange auf Seiten des Anfechtungsgegners wirksam.

Ganz anders die Wandelung. Sie ist erst vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. (§ 465 Bgb.) Erforderlich ist also ein zweiseitiges, vertragsmässiges Zusammenwirken beider Parteien. Das Verlangen des Käufers, zu wandeln, ist als Vertragsantrag anzusehen, auf den die Bestimmungen der §§ 145 ff. Bgb. Anwendung zu finden haben.[2]) Kommt ein Einverständnis nicht zustande, so kann der Käufer auf Wandelung klagen. Der Klageantrag geht nicht zunächst auf Erklärung des Einverständnisses, da nach richtiger Ansicht das Urteil bereits für sich die Wandlung vollzieht.[3]) — Im Falle beiderseitiger Leistung ist die Klage vielmehr unmittelbar auf Rückerstattung des Kaufpreises gegen Rückgewähr der Kaufsache zu richten.[3]) Steht auf

[2]) vgl. Protokolle Bd. I, S. 710.

[3]) So bes. Eccius bei Gruchot Bd. 43, S. 316 ff., Staub a. a. O. Bd. II, § 377 Akg. 48, S. 1360, Enneccerus a. a. O. Bd. I, S. 537 ff., a. A. Dernburg Bgb. Bd. II 2, S. 57, Crome Bgb. Bd. II, S. 459 ff., Oertmann im „Recht" 1904 S. 4—29.

beiden Seiten die Erfüllung noch aus, so ist einfach auf Auflösung des Kaufvertrages mit seinen Rechten und Pflichten zu klagen. — Der Anspruch des Erwerbers endlich, der selbst noch nicht geleistet hat, ist auf Befreiung von den durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen gerichtet.

Die Geltendmachung des Wandelungsanspruches ist bei Mobilien an eine kurze Verjährungsfrist von 6 Monaten, bei Immobilien: von einem Jahre gebunden.[4]) Die Frist beginnt bei beweglichen Sachen mit der Ablieferung, also mit dem Zeitpunkte, in welchem der Verkäufer in der Lage ist, die Sache zu untersuchen und vorhandene Mängel zu entdecken.[5]) Bei Grundstücken beginnt die Verjährung mit der Übergabe, also mit der Besitzübertragung.[6]) Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so behält es bei der regelmässigen Verjährungsfrist von 30 Jahren sein Bewenden. (vgl. §§ 477,195 Bgb.)

Bei der Anfechtungsbefugnis ist keine Verjährung möglich; denn das bürgerliche Gesetzbuch kennt nur eine Anspruchsverjährung. Der in § 121 Bgb. für die Ausübung der Anfechtung vorgesehene Zeitraum von 30 Jahren ist vielmehr eine Ausschlussfrist. — Die Anfechtungserklärung muss gemäss § 121 Bgb. unverzüglich erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat. Sie ist wirksam, wenn sie nur innerhalb der 30jährigen Ausschlussfrist abgegeben worden ist.

[4]) Auf die Besonderheiten im Bereiche des Viehwährschaftsrechts ist hier nicht einzugehen, vgl. §§ 481 ff. Bgb.

[5]) vgl. Protokolle Bd. I, S. 702.

[6]) Dernburg Bgb. Bd. II² § 190 II. 2., Crome Bgb. Bd. II, S. 474, Oertmann Bgb. zu § 477 No. 2b.

Wandelung und Anfechtung erstreben beide, die Wirkungen des Rechtsgeschäftes, gegen das sie gerichtet sind, zu beseitigen und den früheren Rechtszustand wieder herzustellen. Jene macht den Kaufvertrag rückgängig; diese erklärt ihn für unwirksam. Beide Rechtsbehelfe sollen dasselbe wirtschaftliche Interesse des Käufers befriedigen, aber auf verschiedenen Wegen.[7])

Die Anfechtungserklärung macht den Kaufvertrag mit rückwirkender Kraft und dinglicher Wirkung nichtig. (vgl. § 142 Bgb.) Da jedoch die Wirkungslosigkeit des anfechtbaren Rechtsgeschäfts von dem Willen des Käufers abhängt, so bleiben die Wirkungen bis zur erfolgreich durchgeführten Anfechtung bestehen; der Kaufvertrag wird unanfechtbar, wenn das Anfechtungsrecht verloren geht.[8])

Die Ausübung des Wandelungsanspruches führt dagegen keine Nichtigkeit des Kaufgeschäftes herbei; es zerfällt vielmehr das begründete Schuldverhältnis und es entsteht unter den Parteien eine neue Obligation auf Wiederherstellung des Zustandes, wie er vor dem Kaufabschluss bestanden hat.[9]) Gemäss § 467 Bgb. finden die auf das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. (§§ 346—348, 350—354, 357 Bgb.) Hiernach entsteht für beide Parteien nur eine obligatorische Verpflichtung zur wechselseitigen Rückgewähr Zug um Zug der etwa auf Grund des Kaufvertrages empfangenen Leistungen.

Bei der Anfechtung des Kaufvertrages wegen Irrtums folgt aus der Nichtigkeit, dass die bereits

[7]) vergl. Schneider a. a. O. S. 147.
[8]) vergl. Motive Bd. I, S. 219, Leonhard a. a. O. S. 459.
[9]) Endemann Bgb. Bd. I, S. 659 vgl. RG. Bd. 50, S. 266.

gemachten Leistungen des rechtlichen Grundes entbehren. Der Empfänger ist nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zur Herausgabe verpflichtet. (vgl. §§ 812 ff Bgb.) — Die Wiederherstellung des status quo ante wird hier dadurch etwas beeinträchtigt, dass der irrende Käufer ohne Rücksicht auf Verschulden bis zur Höhe des positiven Erfüllungsinteresses das negative Vertragsinteresse zu ersetzen hat. (vgl. § 122 Bgb.) Bei der Wandelung ist ein solcher Ersatz nicht vorgesehen.

§ 3

Wie verhalten sich Wandelung und Anfechtung in ihren Voraussetzungen?

a. Irrtum zur Unkenntnis.

Die „Unkenntnis" in § 460 Bgb. und der „Irrtum" in § 119 Bgb. unterscheiden sich begrifflich nicht von einander. Der Ausdruck Irrtum umfasst Fälle der Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung, die auf Falschwissen (Irrtum im engeren Sinne) oder auf Nichtwissen (Unkenntnis) beruhen.—

Der Irrtum im engeren Sinne (error) setzt hiernach eine positive Vorstellung voraus und zwar von etwas, was in Wirklichkeit gar nicht vorhanden ist. Bei der Unkenntnis (ignorantia) fehlt überhaupt jegliche Vorstellung über eine Tatsache, insofern enthält sie auch wie der Irrtum im engeren Sinne einen Mangel der richtigen Vorstellung. Der Umstand, dass bei beiden Begriffen die Vorstellung des Wirklichen fehlt, ist für die rechtliche Beurteilung allein ausschlaggebend. Der Irrtum (error)

ist daher der Unkenntnis (ignorantia) gleichzustellen.[10] Allerdings ist dabei vorausgesetzt, dass es sich um unbewusste Unkenntnis handelt; der bewusst Nichtwissende irrt nicht, „weil er sich über seine Unkenntnis klar ist und auf alle Fälle will, mag die Sache so oder anders liegen."[11])

Voraussetzung für § 459 Bgb. ist hiernach: Das Fehlen der Vorstellung vom Vorhandensein gewisser Mängel; für § 119 Abs. 2 Bgb.: Das Fehlen der Vorstellung vom Nichtvorhandensein verkehrswesentlicher Eigenschaften.

b. Die Irrung im Motiv des § 119 Absatz 2 Bgb. zu der der §§ 459 ff Bgb.

Im § 119 Abs. 2 Bgb. findet ein Irrtum im Motiv Berücksichtigung. Er verhält sich über solche Eigenschaften der Sache, die im Inhalt der Erklärung nicht zum Ausdruck gebracht worden sind, weil sie nach Verkehrsgebrauch stillschweigend vorausgesetzt werden.[12])

Kann aber auch „Unkenntnis" das Motiv zu einer Handlung bilden? Kann also die Abwesenheit einer Vorstellung ein positives Tun hervorbringen?

Zitelmann[13]) nennt die Abwesenheit einer Vorstellung (Unkenntnis), dann Motiv eines Willensaktes, wenn das Vorhandensein dieser Vorstellung, die den Willensakt herbeiführenden Motive in ihrer

[10]) vgl. Dernburg Pandekten Bd. I § 87, Zitelmann a. a. O. S. 320 ff, Leonhard a. a. O. S. 457, RG. Bd. 62, S. 205 vgl. l 5 § 1 D. 41, 10 in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.

[11]) RG. Bd. 62, S. 205.

[12]) vgl. Protokolle Bd. I, S. 114, Planck Bgb. Erläuterungen zu § 119.

[13]) Zitelmann a. a. O. S. 337.

Wirksamkeit gehemmt hätten. Diese Auffassung ist m. E. irrig. Etwas Negatives kann nichts Positives erzeugen. Das Gegenteil stände mit dem Erfahrungssatze in Widerspruch, dass aus Nichts auch nichts hervorgebracht werden kann. Für den Anfang einer Kausalreihe ist etwas Positives erforderlich. Das für die Willensfassung ursächliche Motiv erfordert einen Kausalzusammenhang zwischen einer Vorstellung und dem Willen. Kann Unkenntnis nicht auf den Willen einwirken, so kann sie auch kein Motiv bilden. —

In Wirklichkeit ist auch etwas Positives der Beweggrund für den Käufer Er erwirbt die Sache zu irgend einem Zweck und hat die Vorstellung, dass sie der verkehrsüblichen Beschaffenheit entspricht und darum einen Gebrauch gewährleistet, welcher allgemein mit Sachen der fraglichen Art gemacht zu werden pflegt.

Diese Vorstellung bildet das Motiv zur Betätigung seines Willensentschlusses, zum Kauf. Ist sie falsch, so liegt auch hier ein Irrtum im Motiv vor.[14])

c. Die Bedeutung der Irrung in § 119 Absatz 2 zu der in §§ 459 ff. Bgb.

Die Bedeutung des Irrtums (im weiteren Sinne) des § 460 Bgb. ist infolge besonderer gesetzlichen Regelung durchaus verschieden von der des § 119 Abs. 2 Bgb. In § 460 Bgb. bildet zwar die Unkenntnis des Käufers die Voraussetzung für sein Wandelungsrecht; der Grund der Haftung ist aber der Vertrag. Hierfür spricht, dass dem Käufer

[14]) vgl. Protokolle Bd. I, Seite 671.

nur der Beweis der Mangelhaftigkeit der Sache auferlegt wird. Die Behauptung, dass die Sache mit einem Mangel behaftet sei, ist klagebegründende Tatsache.[15]) Der Verkäufer kann die Kenntnis bezw. das Kennenmüssen des Mangels nur einredeweise geltend machen.

Anders bei § 119 Abs. 2 Bgb. Hier ist der Irrtum der Grund der Anfechtung. Der Anfechtende muss also seinen Irrtum beweisen. Auf die Frage, ob der Irrtum verschuldet oder unverschuldet ist, kommt es dabei nicht an. Die Tatsache des Irrtums und seine Kausalität für die angefochtene Willenserklärung ist allein entscheidend.[16])

In § 460 Bgb. ist gegensätzlich zu § 119 Abs. 2 Bgb. dem Vorhandensein des Irrtums noch ein Schuldmoment hinzugefügt. Der Wandelungsanspruch ist ausgeschlossen, wenn die Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht. Hat aber der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so verliert der Käufer das Wandelungsrecht selbst dann nicht, wenn ihm der Mangel grobfahrlässig unbekannt war. — Ob grobe Fahrlässigkeit vorliegt, ist nach dem Einzelfall zu entscheiden. Gesetzliche Merkmale sind hierfür nicht aufgestellt. Sache des Verkäufers ist es, das grobe Verschulden des Käufers bei Nichtkenntnis der mangelhaften Beschaffenheit zu begründen und zu beweisen.[17])

---

[15]) vgl. Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 135, Staudinger Bgb. zu § 460 No. 5.

[16]) vgl. RG. Bd. 62, S. 205.

[17]) Eccius a. a. O. S. 308 Akg. 13.

§ 4.

Die Wesentlichkeit des Irrtums in § 119 Absatz 2 und in den §§ 459 ff. Bgb.

Zur Bestimmung des Begriffs „Wesentlichkeit" sind im §§ 119 Abs. 2 und 459 ff. Bgb. verschiedene Wege eingeschlagen.

In § 119 Abs 2 ist zur Kennzeichnung für die Erheblichkeit des Irrtums eine Verbindung des subjektiven und objektiven Massstabs festgesetzt. Diese Auslegung entspricht dem von der zweiten Kommission mit § 119 Bgb. verbundenen Sinn. („Die Wesentlichkeit des Irrtums lasse sich nicht mit dem rein objektivenMassstabe derVerkehrssitte messen.")[18] Im übrigen weist auch im Gesetz der zweite Absatz des § 119 auf den ersten Absatz hin. Die Gleichstellung in Form einer Fiktion bewirkt, dass die Voraussetzungen des Absatz 1 auf den Absatz 2 Anwendung zu finden haben. „Die Bedingtheit der Erklärung durch den Irrtum soll also sowohl vom Standpunkt ihres Urhebers als auch von dem eines verständigen Beurteilers aus gesehen vorliegen, damit der Irrtum erheblich sei."[19] Infolge der Einbeziehung des subjektiven Moments in den Absatz 2 hat der irrende Käufer auch den Beweis dafür zu erbringen, dass die irrtümlich vorausgesetzten Eigenschaften der Sache für ihn nach seiner subjektiven Auffassung so wesentlich gewesen sind, dass er bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Wür-

[18]) Protokolle Bd. I, S. 110.

[19]) Eck a. a. O. S. 140 vgl. Planck Bgb. zu § 119 Akg. 2b, Crome Bgb Bd. I, S. 425; Leonhard a. a. O. 496; Enneccerus Bgb. Bd. I § 63 III a. E., Kipp bei Windscheid Bd. I § 77 Zus. 4, Cosack Bgb. Bd. I, S. 209, Matthiass Bgb. Bd. I § 52, S. 191, Kuhlenbeck: von den Pakt. Bd. I, S. 427 ff.

digung des Falles die Willenserklärung nicht abgegeben, den Kaufvertrag also nicht abgeschlossen hätte. Dies wird unmittelbar meist kaum darzutun sein, weil es sich für alle Fälle nicht abstrakt bestimmen lässt, was unter „verständiger Würdigung" zu verstehen ist. „Grundsätzlich ist die Frage nur darauf abzustellen, ob der Erklärende als verständiger Mensch gedacht, also frei von Eigensinn, Launen und törichten Anschauungen, sowie abgesehen von seinem tatsächlichen Irrtum in der gegebenen Lage von seinem persönlichem Standpunkte aus und nach seinen besonderen Verhältnissen so gehandelt haben würde."[20]) Für die Beurteilung der Wesentlichkeit des Irrtums ist dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum gelassen. Massgebend bleibt immer die Durchschnittsanschauung über die fraglichen Verhältnisse. Naturgemäss können besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen, zumal es den Parteien freisteht, auch nebensächliche Umstände für erheblich zu erklären, wie umgekehrt. — Liegt eine besondere Vereinbarung vor, so ist diese zunächst massgebend.

In § 459 Bgb. entscheidet zur Beurteilung der Wesentlichkeit des Irrtums dagegen nur die Beschaffenheit der Sache. (Abs. 1 . . . dass die Sache nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert . . . oder Gebrauch aufheben oder mindern. Abs. 2 . . . dass die Sache die zugesicherten Eigenschaften hat.) Bei der Wandelung ist also nur der objektive Massstab beachtlich; das subjektive Moment scheidet aus.

[20]) RG. Bd. 62, S. 206 vgl. Dernburg Bgb. Bd. I, S. 435, Crome Bd. I, S. 425, Breucha a. a. O. S. 266.

§ 5.

Die Eigenschaften einer Sache und solche Eigenschaften einer Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

Weder im Gesetz noch in den Materialien ist eine Bestimmung des Begriffs Eigenschaft einer Sache enthalten. Es sei hier die Dernburg'sche Auslegung zu Grunde gelegt:

„Die Beschaffenheit einer Sache an sich sowie die Beziehungen, welche sich an sie schliessen."[21])

Sie deckt sich in der Hauptsache mit derjenigen, die das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung gibt.[22])

Wesentlich ist in diesem Zusammenhange die Eigenschaft einer Sache dann, wenn sie für den Geschäftsschluss so wichtig ist, dass gewissermassen um dieser Eigenschaft willen kontrahiert wird. —

Nun gibt es wohl keine Eigenschaft, bei welcher dies unter den gegebenen Verhältnissen nicht einmal zutreffen könnte. Das Gesetz sucht das allgemeine Kriterium durch die Anschauung des Verkehrs abzugrenzen.[23]) Hiermit wird aber eigentlich wenig gewonnen. Es lässt sich nämlich mit Rücksicht auf die unendlich mannigfachen Abstufungen in den Bedürfnissen und Zwecken der Menschen, denen ebensoviele Abstufungen in der Bewertung der Eigenschaften entsprechen, gar nicht abstrakt bestimmen, welche Eigenschaften der Sache die Verkehrsauffassung allgemein als wesent-

---

[21]) Pandekten Bd. I § 102 No. 9.

[22]) vgl. RG. Bd. 61, S. 86, Bd. 52, S. 2. Bd. 21, S. 310, 311.

[23]) vgl. Anmkg. 25.

lich ansieht. Nur nach Massgabe des konkreten Geschäfts kann die Wesentlichkeit beurteilt werden.[24])

Mit Rücksicht hierauf ist jedesmal für den einzelnen Fall festzustellen, wie sich die Verkehrssitte unter Berücksichtigung der subjektiven Verhältnisse und Bedürfnisse der Kontrahenten dazu verhält.[25])

§ 6.

Die Sachmängel der §§ 459 ff. Bgb.

Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers setzt Mängel der Kaufsache voraus. Diese können bestehen:

1. im Vorhandensein positiver Fehler (§ 459 Abs. 1 Bgb.),
2. im Fehlen zugesicherter Eigenschaften (§ 459 Abs. 2 Bgb.).

Die Fehler, welche die Haftpflicht begründen sollen, im Gesetz einzeln anzuführen, war allgemein nicht angängig.[26]) Es ist auch vermieden worden, eine Begriffsbestimmung des Wortes „Fehler" zu geben. — Zur Kennzeichnung derselben ist die Sache unter Berücksichtigung ihrer Zweckbestimmung mit dem durch die Verkehrsauffassung geschaffenen Normalzustand zu vergleichen. Ergibt sich hierbei eine den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit nachteilig beeinflussende Beschaffenheit, so spricht man

---

[24]) Dernburg Bgb. Bd. I, S. 432.

[25]) vgl. Crome Bgb. Bd. I, S. 423 Akg. 20, Leonhard Bgb. Bd. I, S. 496 Akg. 2b.

[26]) vgl. Dagegen für das Viehwährschaftsrecht die Kaiserliche Verordnung vom 27. März 1899.

von einem Fehler der fraglichen Sache.[27]) Diese Fehler sind für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers aber nur dann beachtlich, wenn sie den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit der Sache aufheben oder erheblich mindern.

Minima non curat praetor.

Unter „Wert" hat man in § 459 Bgb. den Verkehrswert d. h. den Tauschwert der Sache zu verstehen. Dass der Gebrauchswert nicht in Frage kommen kann, ergibt sich ohne weiteres aus dem Gegensatz zum zweiten Teil des Relativsatzes, in welchem durch das Erfordernis der „Tauglichkeit zum Gebrauche" bereits auf den Gebrauchswert hingewiesen wird.[28])

Die den Gebrauchswert betreffenden Mängel werden in zwei Arten geschieden, je nachdem die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch betroffen wird.

Unter „gewöhnlichem Gebrauch" ist derjenige Gebrauch zu verstehen, der unter den durchschnittlichen Lebensverhältnissen, auf welche es im konkreten Fall ankommt, allgemein mit Sachen der fraglichen Art gemacht zu werden pflegt.[29])

Wie bei den verkehrswesentlichen Eigenschaften einer Sache in § 119 Abs. 2 Bgb., so ist auch hier der objektive Standpunkt massgebend. Die Verkehrsitte bildet wieder den Gradmesser. In keinem

[27]) vgl. Staudinger zu § 459 No. III 3a, Oertmann zu § 459 S. 182, Dernburg Bgb. Bd. II² § 187 S. 49 ff., Crome Bd. II, S. 455.

[28]) vgl. Staudinger zu § 459 No. III 1a, Dernburg Bgb. Bd. II², S. 50.

[29]) Staudinger zu § 459 No. III 1b, vgl. Oertmann zu § 459 a. a. O. S. 182.

Fall wird es gelingen, einen einheitlichen Massstab zu finden, der jedes einzelne Mal in gleicher Weise anzuwenden wäre[30]). Die Bedürfnisse der Menschen sind nach Massgabe der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Klassen, denen sie zugehören, verschieden. Die Anschauung ist entscheidend, die sich in gleichen oder ähnlichen Fällen herausgebildet hat. Die so geschaffene Norm ist auf den konkreten Fall einzustellen. Vor allem wird dabei auf die verkehrsübliche Bestimmung der Kaufsache Rücksicht zu nehmen sein; z. B. die Bestimmung eines Grundstücks als Baugrundstück oder als Ackerland.

Für den Gattungskauf kommt die besondere Bestimmung des § 243 Abs. 1 Bgb. in Betracht. Die Person des Käufers entscheidet hier den näheren Inhalt des Begriffs der mittleren Art und Güte.

In manchen Fällen kann jedoch der Gebrauchszweck weder durch die allgemeine Verkehrsanschauung noch durch die Natur der Sache gekennzeichnet werden. Dann nämlich nicht, wenn die Allgemeinheit für den Gegenstand völlig verschiedene Gebrauchszwecke in gleicher Weise anerkannt hat. Z. B. das Pferd, als Rennpferd, Wagenpferd, Arbeitspferd. Hier muss die Auslegung helfen; der nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch ist entscheidend. Die Umstände des Vertragsschlusses, wie die Persönlichkeiten der Parteien werden auf den mit dem Erwerbe verfolgten Zweck schliessen lassen. Der Arzt bestellt z. B. in der Apotheke Wein für den Kranken, die Köchin in der Wirtschaft für den Haushalt. — Nicht selten lässt auch die Höhe des Kaufpreises einen Rückschluss zu auf

[30]) vgl. Schroeder a. a. O. S. 17.

die von den Kontrahenten nach dem Vertrage vorausgesetzte Beschaffenheit der Sache.[31]) Anderseits genügen nicht einseitige, selbst erklärte Erwartungen des Käufers; sie sind solange unbeachtlich, als der Verkäufer nicht zugestimmt hat.[32]) Eine solche Zustimmung kann auch in einem Stillschweigen liegen.

§ 7.

Zugesicherte Eigenschaften insbesondere.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat auch für die zweite Gruppe von Mängeln im weiteren Sinne, für das Fehlen von zugesicherten Eigenschaften, die Gewährleistungspflicht festgesetzt. Hier wird die auf positiver Gesetzesvorschrift sich gründende Haftung des Verkäufers zu seinen Ungunsten verschärft.

Naturgemäss musste überhaupt die fragliche Zusicherung übernommen werden können. Den Massstab bildet wieder die Verkehrsanschauung.[33]) Ob die zugesicherte Eigenschaft die Sache ungünstig oder günstig beeinflusst, kommt nicht in Betracht; die Tatsache der Zusicherung entscheidet allein. In gleicher Weise kann ein besonderer Vorzug, wie auch die Abwesenheit eines bestimmten Fehlers zugesichert werden. Erheblichkeit des Mangels wie in Absatz 1 ist nicht Voraussetzung.

Wenn auch ein strenges Innehalten der Zusicherungen gefordert werden muss, so darf dies doch nicht zu einem Durchbruch des das ganze Gesetz beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben führen. (§§ 242, 157 Bgb.). Mit Rücksicht

[31]) vgl. Cosack Bgb. Bd. I § 127.
[32]) vgl. Dernburg Bgb. Bd. II § 184; Oertmann Bgb. S. 182.
[33]) vgl. Crome im „Recht“ (1902) S. 335.

hierauf werden ganz unerhebliche Abweichungen von der Zusicherung ausser Betracht bleiben müssen.[34])

Der Begriff Eigenschaft ist der gleiche wie in § 119 Abs. 2 Bgb.[35])

Eine Zusicherung im Sinne des § 459 Abs. 2 Bgb. ist nicht auf physische Eigenschaften der Kaufsache zu beschränken. Es kommen auch andere Verhältnisse in Betracht, die geeignet sind, die Kaufsache subjektiv wertvoller erscheinen zu lassen, und dadurch auf den Entschluss des Käufers zum Geschäftsschluss bestimmend einwirken. Aber nicht jede bei Gelegenheit der Kaufverhandlungen über den Kaufgegenstand abgegebene Erklärung und nicht jede Äusserung des Verkäufers kann ohne Weiteres als Zusicherung angesehen werden. Es bedarf vielmehr einer ernstgemeinten Willensübereinstimmung. Die Zusicherung muss zum Inhalt des Vertrags gemacht worden sein. Sie ist Vertragsbestandteil und daher der Vertragsform bedürftig, im Gegensatz zu der blossen Abrede für das Geeignetsein zu einem bestimmten Gebrauch, bei welcher Formlosigkeit genügt.[36])

Stillschweigend kann hiernach (abgesehen von § 494 Bgb. - Kauf nach Probe oder nach Muster —) eine Zusicherung gemäss § 459 Abs. 2 Bgb. nicht begründet werden.[37]) Allerdings bedarf es keiner ausdrücklichen zweiseitigen Festsetzung; die Annahme kann vom Käufer stillschweigend geschehen, sofern nur die Angaben des Verkäufers sich ernstlich als Zusicherung kennzeichneten.

---

[34]) vgl. Crome Bgb. Bd. II, S. 457 Akg. 22.

[35]) RG. Bd. 61. S. 86.

[36]) vgl. Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 309, RG. Bd. 53, S. 200, Bd. 54, S. 223, Crome BGB. Bd. II, S. 437.

[37]) Staudinger zu § 459 Bgb. S. 74a., Abs. 2.

§ 8.

Das Verhältnis der kaufrechtlichen Fehler zum Fehlen einer verkehrswesentlichen Sacheigenschaft.

a) Wenn man, wie geschehen, die in der Literatur und Praxis vorherrschende Meinung zur Bestimmung des Begriffs „Eigenschaft einer Sache" zu Grunde legt, so lassen sich die kaufrechtlichen Fehler des § 459 Abs. 1 Bgb. positiv als Eigenschaften bezeichnen, deren Vorhandensein den Wert oder die Tauglichkeit der Sache aufhebt oder nicht unerheblich mindert.[38]) Da nun „Wert" und „gewöhnlicher Gebrauch" einer Sache „Erscheinungen sind, die nur im Verkehr der Menschen untereinander auftreten, und auf den im Verkehr verbreiteten Anschauungen beruhen",[39]) so wird auch jede den Wert oder Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch begründende Eigenschaft zugleich als in dem hier vertretenen Sinn verkehrswesentlich angesehen werden müssen.[40]) — Diese Tatsache, lässt aber nicht den Schluss zu, dass auch umgekehrt jedes Fehlen einer Eigenschaft im Sinne des § 119 Ab. 2 Bgb. einen kaufrechtlichen Fehler darstellt. Wenn beispielsweise der Käufer beim Erwerbe eines Fasses Wein annahm, es enthalte Rotwein, während es in Wirklichkeit Weisswein war, so irrte er zweifellos über eine verkehrswesentliche Eigenschaft. Der Umstand aber, dass es sich nicht um Rotwein sondern Weisswein handelte, kann nicht als ädilizischer Fehler der Gattung Wein angesehen werden. Wäre es anders, so müsste jede Spezies an unzähligen

[38]) vgl. Schlossmann a. a. O. S. 55, Breucha a. a. O. S. 255.
[39]) vgl. Schlossmann a. a. O. S. 55.
[40]) vgl. Danz a. a. O. S. 471, Leonhard a. a. O. S. 495.

Fehlern leiden, weil ihr die Eigenschaften aller der Gattungen Sachen fehlen, denen sie nicht angehört.[41]) In solchen Fällen sind nicht die Grundsätze über Gewährleistung anzuwenden; der Irrtum über die Eigenschaften der Sache untersteht vielmehr der Herrschaft des § 119 Abs. 2 Bgb.[42])

b) Die einen vertraglich vorausgesetzten Gebrauch begründenden Eigenschaften werden regelmässig andere sein, als die, welche die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch ermöglichen. Für beide Arten Eigenschaften ist nämlich eine gleiche Haftung festgesetzt. Da nun für die zum gewöhnlichen Gebrauch tauglichen Eigenschaften das Gesetz den Verkäufer ohne Weiteres haften lässt, so müssen sich folgerichtig die vertragsmässig vorausgesetzten Eigenschaften von jenen unterscheiden, weil sonst die vertragliche Voraussetzung überflüssig wäre. In gleichem Sinne führt Schlossmann aus[43]): „Ein nach dem Vertrage vorausgesetzter Gebrauch kann disjunktiv neben den gewöhnlichen Gebrauch gesetzt . . nur einen auf der rein individuellen Zweckbestimmung der Parteien, insbesondere des Käufers, beruhenden Gebrauch bedeuten Eigenschaften, die für ihn im Sinne des § 459 Abs. 1 Bgb. erheblich sind, werden daher niemals solche sein, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden."

---

[41]) Schlossmann S. 58.

[42]) Ebenso Staudinger zu § 459 No. II 6 Abs. 2, Düringer Hachenberg Bd. III, S. 126 No. 1a letzter Absatz, Schlossmann S. 58; RG. Bd. 34, S. 324 vgl. dagegen Schneider a. a. O. S. 147. Gegen diesen wieder Krückmann a. a. O. S. 420, 421.

[43]) a. a. O. S. 55, 56.

Sind die einen vertragsmässig vorausgesetzten Gebrauch begründenden Eigenschaften also geartet, so ist ein Irrtum über dieselben nach dem Gewährleistungsrecht zu beurteilen.

In vielen Fällen werden allerdings solche Eigenschaften zugleich verkehrswesentlich sein. Dies ist jedenfalls immer dann anzunehmen, wenn die fragliche Kaufsache mehreren Zwecken dienen kann. Fehlt dem so beschaffenen Gegenstand eine Eigenschaft, die ihn zu dem gewöhnlichen Gebrauch nach der einen Richtung hin untauglich macht, so kann man das schlechthin noch nicht als einen ädilizischen Fehler bezeichnen, wenn ihre Tauglichkeit für die anderen Gebrauchsarten, denen sie dient, bestehen bleibt. — Der niedrige Gasgehalt einer Kohle, der ihre Verwendbarkeit für Beleuchtungszwecke ausschliesst, beeinträchtigt nicht ihre Brauchbarkeit für Heizzwecke. — Wollte der Käufer aber die Sache für eine ganz bestimmte ihrer verschiedenen Gebrauchsarten erwerben, ging auch die beabsichtigte Verwendungsart klar aus den Umständen des Kaufvertrages hervor und verkaufte sie die Gegenpartei in Kenntnis der Zweckbestimmung, so liegt allerdings in der den gewollten Zweck ermöglichenden Eigenschaft der Sache zugleich eine solche, die im Verkehr als wesentlich angesehen wird.

c) Betzinger[44]) nimmt an, dass für die Berührungspunkte zwischen den ädilizischen Rechtsbehelfen und der Anfechtung wegen Irrtums aus § 119 Abs. 2 Bgb. zugesicherte Eigenschaften

---

[44]) a. a. O. S. 277.

nicht in Frage kommen könnten. M. E. zu Unrecht.[45]) Das tertium comparationis bildet die Verkehrsanschauung. — Bei der Bestimmung von zugesicherten Eigenschaften herrscht, wie dargetan, das subjektive Moment vor, es wird aber durch die Verkehrsauffassung beschränkt. Bei der Bestimmung von verkehrswesentlichen Eigenschaften ist im Gegensatz die Verkehrsanschauung vorherrschend, das subjektive Moment wirkt hier regulierend.

Handelt es sich um Eigenschaften, die zwar die Sache subjektiv wertvoller erscheinen lassen und deshalb besonders vom Verkäufer zugesichert aber anderseits so unwichtig sind, dass sie nicht im Verkehr als wesentlich angesehen werden, so bietet der Tatbestand nichts Problematisches. Es kann dann nur die Sachmängelhaftung in Frage kommen.

Das Interesse des Käufers geht jedoch möglicherweise dahin, sich gerade den Wert und die Eigenschaften der gewöhnlichen Gebrauchstauglichkeit besonders zusichern zu lassen, um eine verschärfte Haftung des Verkäufers zu erreichen. (Vgl. § 463 Bgb.). Dass dies für die Eigenschaft Wert an sich möglich ist, ist dargetan worden; ebenso, dass Wert und gewöhnliche Gebrauchstauglichkeit verkehrswesentliche Eigenschaften einer Sache sind. Hiermit würde ein Fall geschaffen sein, in welchem zugesicherte Eigenschaften zugleich auch verkehrswesentlich sein können.

Nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung unterliegen der Mängelhaftung nicht solche Sachen, „die auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung als Pfand verkauft werden." (§ 461 Bgb.)

[45]) Im Ergebnis übereinstimmend Schlossmann a. a. O. S. 52 ff.

Ob sich dies auch auf zugesicherte Eigenschaften erstreckt, ist bestritten.[46]) Die Anfechtung wegen Irrtums würde m. E. hier stattfinden können.

§ 9.

Der Konkurrenzfall.

Hat sich der Käufer über solche Sacheigenschaften geirrt, die im konkreten Fall zugleich verkehrswesentlich sind, so ist die Frage zu entscheiden, ob auch eine Anfechtung des Kaufvertrages wegen Irrtums auf Grund des § 119 Abs. 2 Bgb. zulässig ist. Dies ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn nicht gleichzeitig die Voraussetzungen des § 119 Abs. 1 Bgb. erfüllt sind.

Das auch für den Absatz 2 des § 119 Bgb. erforderliche subjektive Kriterium bildet hiernach in manchen Fällen ein heilsames Hilfsmittel, das grosse aber nicht immer verkehrsdienliche Geltungsgebiet des § 119 Abs. 2 Bgb. zweckmässig einzuengen.[47]) Der Käufer ist dann auf die Gewährleistungsansprüche beschränkt. Hat aber beim Irrtum des Käufers über das Vorhandensein der ädilizischen Eigenschaften, die im gegebenen Fall gleichzeitig verkehrswesentlich sind, auch das subjektive Moment des Absatz 1 § 119 Bgb. nicht gefehlt, so deckt derselbe Tatbestand sowohl die Voraussetzungen für das Wandelungsrecht nach §§ 459 ff. Bgb. als auch für das Anfechtungsrecht des § 119 Bgb. Wäre nun nicht im Gesetz selbst ausdrücklich für einen solchen Konkurrenzfall

[46]) Dernburg Bgb. Bd. II² S. 54, Planck zu § 461, Crome Bd. II, S. 453 Akg. 75, Enneccerus Bd. I, S. 606 verneinen; Eccius bei Gruchot Bd. 43, S. 313; Staudinger zu § 461 Bgb. No. 1 Abs. 2, Oertmann zu § 461 Bgb. bejahen.

[47]) vgl. Schlossmann S. 2 ff, 60 ff.

eine Regelung getroffen oder aus dem Wesen und der Anlage des Gesetzes zu entnehmen, so beständen die Möglichkeiten:

1. beide Rechtsbehelfe können wahlweise ausgeübt werden und zwar nach Belieben der Partei, die Auflösung verlangt,
   a) nebeneinander (also Anwendung beider Vorschriften auf den konkreten Fall),
   b) die eine oder die andere;
2. beide Rechtsbehelfe schliessen sich aus, sodass der Partei überhaupt kein Wahlrecht zusteht.

Wie eingangs erwähnt, hat das Gesetz expressis verbis eine das gegenseitige Verhältnis dieser Bestimmungen regelnde Anordnung nicht getroffen. So hat denn in der Tat jede der angegebenen Möglichkeiten ihre Verteidiger gefunden.

Dass in derselben Klage neben dem Wandelungsanspruch des § 462 Bgb. nicht zugleich kumulativ auch die Anfechtung des Kaufvertrages wegen Irrtums aus § 119 Abs. 2 Bgb. zuzulassen ist, ergibt sich mit Notwendigkeit aus den völlig unvereinbaren Grundlagen beider Rechtsbehelfe

Die Anfechtung vernichtet das Rechtsgeschäft ex tunc; der Wandelungsanspruch setzt umgekehrt einen vollwirksamen Kaufvertrag voraus. Wollte man nun beide Rechtsbehelfe kumulativ nebeneinander zulassen, so würde der Kläger (bei der Wandelung) einmal von einem rechtsgültigen Geschäfte auszugehen haben und anderseits (bei der Anfechtung) zugleich dartun müssen, dass der Kaufvertrag nichtig, ein Rechtsgeschäft also gar nicht vorhanden sei.[48]) Dies ist nicht angängig; bei kumu-

[48]) vgl. Krückmann a. a. O. S. 421; Danz S. 462, Breucha S. 256; RG. Bd. 49, S. 422, 423; Bd. 61, S. 175, 177.

lativer Anwendung entziehen sich beide Rechtsbehelfe gegenseitig den Boden.

Es bliebe hiernach für den Fall der unterstellten Möglichkeit einer wahlweisen Benutzung noch übrig, dass der Käufer elektiv nach seinem Belieben jeden der beiden Rechtsbehelfe für sich allein geltend machen könnte.

Kipp bei Windscheid[49]) will die wahlweise Benutzung der einen oder anderen Vorschrift gestatten. Der Käufer würde aber mit Rücksicht auf den Ersatz des negativen Interesses (§ 122 Bgb.), wenn es sich um einen Mangel im Sinne des § 459 Bgb. handele, besser daran tun, zur Wandelung zu greifen.

Auf demselben Standpunkt steht Baum[50]), der annimmt, der Käufer werde trotz des schwierigeren Beweises jedenfalls dann von der Anfechtung Gebrauch machen müssen, wenn der Gewährleistungsanspruch verjährt ist, aber der Käufer durch sein Verschulden nicht mehr zur Herausgabe der Kaufsache imstande ist oder wenn er endlich, vom Falle des § 467 Bgb. abgesehen, die Sache bereits umgearbeitet hat.

Leonhard[51]) hält es sogar für einen Hauptvorzug des bürgerlichen Gesetzbuches, dass es dem Käufer einer schlechten Sache im Irrtumsfalle die Wahl zwischen verschiedenen Rechtsbehelfen gebe, zu denen auch das Anfechtungsrecht des § 119 Bgb. gehöre.

Diese Ansichten sind m. E. nicht haltbar. In dem angeregten Konkurrenzfall hat der irrende Käufer kein Wahlrecht: er ist allein auf den Wan-

[49]) a. a. O. Bd. II, S. 655 Akg. f.
[50]) a. a. O. S. 144, 145.
[51]) a. a. O. S. 496 No. 2c.

delungsanspruch angewiesen. Die Vorschrift des § 462 Bgb. schliesst, wie nachgewiesen werden soll, im konkreten Fall die Anwendung des § 119 Bgb. aus.

Lenel[52]) glaubt den Kreis der verkehrswesentlichen Eigenschaften im Sinne des § 119 Bgb. so eng ziehen zu können, dass daraus eine Abgrenzung beider Rechtsbefugnisse zu folgern sei.[53]) Dies scheitert aber daran, dass sich, wie gezeigt, der Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaften nicht ein für allemal fest umgrenzen lässt. Wenn das Gesetz den Richter auf die Anschauungen des Verkehrslebens verweist, so erkennt es damit selbst an, dass dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum gewährt werden muss, und dass ihm nicht mit Lenel „ein relativ fester Massstab" durch abschliessende Begriffsbestimmung gegeben werden kann.

Danz[54]) will aus dem Inhalt der Bestimmungen selbst eine solche Abgrenzung herleiten und zwar im Wege einer durch den Richter von Amtswegen vorzunehmenden Auslegung des Vertrages. Es sei festzustellen, welche Verpflichtungen für denjenigen, der die Vertragsauflösung verlange, entstanden seien. Ergäbe sich, dass der Verkäufer sich verpflichtet habe, Gegenstände mit den vom Kläger behaupteten Eigenschaften zu liefern, so könne von einer Anfechtung wegen Irrtums nicht die Rede sein; denn dann seien aus den Kaufsworten die gewollten Rechtswirkungen entstanden. Hier könne der Käufer lediglich mit der Wandelungsklage Aufhebung des Kaufes fordern, wenn ihm eine Sache ohne solche

[52]) a. a. O. S. 1 ff.
[53]) vgl. Breucha a. a. O. S. 260.
[54]) I. S. 381 ff; II. S. 21 ff.

Eigenschaft geliefert werde, nicht wegen Irrtums, da der Irrtumstatbestand nicht vorliege. Die Meinung des Käufers über die gewechselten Worte sei ganz gleichgültig.

Diese Ausführungen lassen sich in ihrer Allgemeinheit nicht aufrecht erhalten. Sie mögen allemal dann zutreffen, wenn nur der Gattung nach bestimmte Sachen in Frage stehen, nicht aber unbedingt dann, wenn es sich um individuell bestimmte Gegenstände handelt.

Jemand kauft ein von ihm bezeichnetes, ihm bekanntes Rennpferd, das schon beim Kaufabschluss den Keim einer Krankheit in sich trug, die es für Sportzwecke unbrauchbar macht. Erst nach einiger Zeit kommt das Leiden zum Ausbruch. Verkäufer und Erwerber hielten das Pferd für gesund. Hier war die Willenserklärung objektiv richtig abgegeben; trotzdem liegt ein Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften des individuell bestimmten Kaufgegenstandes vor. Im Wege der Auslegung ist nicht zum Ziele zu gelangen.

Auf dem gleichen Standpunkt wie Danz steht Krückmann [55]). Auch nach ihm schliessen sich in concreto beide Rechtsbehelfe kraft zwingender Notwendigkeit aus. Dem Tatbestande des Irrtumsrechtes müssten auch die Irrtumsfolgen entsprechen. Die Alternative sei: entweder hafte der Verkäufer nach Kaufrecht, dann seien alle Interessen des Käufers gewahrt oder der Verkäufer hafte von vornherein nicht nach Kaufrecht, dann irre der Käufer und könne möglicherweise anfechten. Er irre sich über Eigenschaften, für die ihm der Verkäufer kaufrecht-

[55]) a. a. O. S. 420 ff.

lich nicht hafte. Nur für einen der Rechtsbehelfe könne das Gericht sich entscheiden.

Schneider[56]) geht davon aus, die Bestimmung des § 119 Abs. 2 Bgb. spreche zu allgemein, wenn der Käufer die Möglichkeit habe, Anfechtung und Wandelung in gleicher Weise anzuwenden. Man fände den Erwerber beim Rechtsbehelf aus § 119 Abs. 2 Bgb. in einer ganz unbegreiflichen Weise begünstigt. In der Bestimmung des § 469 Bgb. sei dagegen nach der eigentlichen Absicht des Gesetzes der ausgleichende Schutz des Verkäufers ausgesprochen. Durch vergleichende Berichtigung trete die Vorschrift des § 119 Abs. 2 Bgb. für das Recht des Käufers aus Sachmängeln vor den Bestimmungen der §§ 459 ff. Bgb. durchaus zurück.

Schlossmann[57]) erblickt in dem Fehlen einer das gegenseitige Verhältnis regelnden Norm eine „Lücke im Gesetzbuch", die der Richter durch seine Willensentscheidung ausfüllen müsse. Er solle „aus sich heraus juris civilis corrigendi causa" eine Entscheidung treffen,[58]) die zweckmässig nur dahin gehen könne, dass das Anfechtungsrecht überall da zu versagen sei, wo die §§ 459 ff. Bgb. Anwendung finden können.

Im Ergebnis ist Schlossmann beizustimmen, seine Beweisführung befriedigt aber nicht. Hat der moderne Richter auch nicht nach Buchstabenrecht zu urteilen, (§§ 133, 157 Bgb.) so kann er doch mit Rücksicht auf die Art und Weise, wie heutzutage Gesetze zustande kommen, das Gesetz nicht korrigieren. Wenn,

[56]) a. a. O. S. 134 ff.
[57]) a. a. O. S. 50 ff.
[58]) a. a. O. S. 64.

wie Baum annimmt[59]), vom Gesetzgeber eine Regelung des Verhältnisses beider Bestimmungen „offenbar übersehen ist", so könnte der Richter eine „solche Lücke im Gesetzbuche" doch nicht „aus sich heraus" durch eigene Willensentscheidung, die im Gesetz keine Stütze findet, ausfüllen. Läge der Fall dergestalt, so wäre nur im Wege der Gesetzgebung Abhilfe zu schaffen.

Dies ist aber für die vorliegende Frage gar nicht nötig. Eine das gegenseitige Verhältnis regelnde Bestimmung ist m. E. nicht übersehen worden, sondern offenbar mit Rücksicht auf die Gesetzgebungstechnik für überflüssig gehalten.[60])

Lässt der Einzelfall eine Einreihung sowohl unter die eine als unter die andere zweier von einander unabhängigen Bestimmungen zu, so ist allgemein die wahlweise Benutzung jeder einzelnen zuzugestehen. Dies trifft aber dann nicht zu, wenn die eine Norm als lex specialis mehr ins Einzelne gehende bezw. nur einzelne Vertragsarten und Verhältnisse betreffende Abweichungen von der anderen feststellt. In solchem Falle geht die Spezialvorschrift der allgemeinen Regelung vor, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber beide Normen nebeneinander habe wirken lassen wollen[61]).

Die Regeln über Gewährleistung sind aber leges speciales. Es folgt dies aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes sowie aus den Bestimmungen selbst.

Die Gewährleistungsansprüche wegen Sach- und Rechtsmängel waren ursprünglich als selbständige Materie bei den allgemeinen Vorschriften über

[59]) a. a. O. S. 145.

[60]) vgl. Motive Bd. I, S. 199, Protokolle Bd. I, S. 671.

[61]) RG. Bd. 61, S. 176.

Schuldverhältnisse eingegliedert;[62]) sie sind dann aber lediglich aus äusseren Zweckmässigkeitsgründen[63]) in der endgültigen Fassung auf den Kauf beschränkt, und durch eine clausula generalis ist schliesslich ihre Anwendung für alle entgeltlichen Veräusserungs- und Belastungsverträge gesichert[64]). Weiterhin ist hervorzuheben, dass bei einem Mangel im Recht in § 440 Bgb. auf die allgemeinen Bestimmungen der §§ 320—327 Bgb. verwiesen wird. Bei Sachmängeln bestimmen die §§ 462, 463 Bgb. dagegen ausdrücklich, welche Rechtsfolgen eintreten sollen.

In § 480 Bgb. wird bei Lieferung einer mangelhaften Sache neben dem Anspruch auf Wandelung und Minderung trotz der allgemeinen Bestimmung des § 279 Bgb. noch derjenige auf Nachlieferung gewährt. Auch die Folgen des arglistigen Verschweigens sind in diesem Abschnitt besonders ausgesprochen, trotzdem sie schon unter die allgemeine Bestimmung des § 823 Bgb. fallen würden.

Es lehrt ferner die Entstehungsgeschichte der Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängel, dass nicht anzunehmen ist, das Gesetz habe trotz der besonderen Vorschriften über die Gewährleistung nebenher noch die allgemeinen Vorschriften des § 119 Abs. 2 Bgb. wirken lassen wollen.

Wollte man mit Leonhard, Kipp und Baum von dem Gegenteil ausgehen, so würde „das Gesetz seine eigenen Absichten in der auffallendsten Weise durchkreuzen.“[65]) Die Regelung der ädilizischen

[62]) Entwurf I §§ 370 ff.
[63]) vgl. Protokolle Bd. II, S. 653, 654.
[64]) vgl. § 493 Bgb.
[65]) Breucha a. a. O. S. 259.

Ansprüche beruht lediglich auf der Berücksichtigung wichtiger Verkehrsinteressen.[66]) Gerade durch die „besonderen" Vorschriften der Wandelungsklage sollte, wie im gemeinen Recht (actio redhibitoria) und im preussischen allgemeinen Landrecht (§ 343 I, 5), erreicht werden, dass das im Verkehrsleben weitaus häufigste Rechtsgeschäft, der Kauf, möglichst bald seine Erledigung finden möchte. Die Ermittelung und Feststellung von Qualitätsmängeln würde nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und die Zulassung des Zurückgreifens für den Verkehr im höchsten Grade lästig und hemmend sein.[67]) Um einen derartig unsicheren Zustand nicht aufkommen zu lassen, hat das Gesetz die kurzen Verjährungsfristen (§ 477 Bgb.) und daneben beim Viehhandel noch die Gewährfristen festgesetzt.

Bei der Zulassung der Anfechtung wegen Irrtums auf Grund des § 119 Abs. 2 Bgb. wäre in dem angeregten Konkurrenzfall neben der Wandelungsklage die Festsetzung der kurzen Verjährungsfristen zwecklos. Denn dann würde die Anfechtung des Kaufvertrages innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist von 30 Jahren möglich sein. Es würden auch die übrigen „Bestimmungen illusorisch gemacht werden, die unser Gesetzbuch mit gutem Bedacht zum Schutze der Verkehrssicherheit getroffen hat, um einer missbräuchlichen Anwendung der ädilizischen Ansprüche entgegenzutreten."[68])

Es würden weiterhin die Vorschriften umgangen werden können, dass dem Käufer der Mangel nicht infolge eigener grober Fahrlässigkeit unbekannt ge-

[66]) Motive Bd. II, S. 224.
[67]) Motive Bd. II, S. 238.
[68]) RG. Bd. 61, S. 175, 176 vgl. Lenel a. a. O. S. 7 ff.

blieben sein darf (§ 460 Bgb.); dass dann kein Wandelungsrecht geltend gemacht werden darf, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung als Pfand oder auf Grund einer Pfändung verkauft wird (§ 461 Bgb.). Endlich würde der für die Fehlerhaftigkeit der Ware entscheidende Zeitpunkt in Widerspruch mit § 459 Bgb. von dem Moment des Gefahrüberganges auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verschoben werden[69]). Dies sollte aber gerade zur Vereinfachung des Rechts und zur Abschneidung chikanöser und verwickelter Prozesse vermieden werden[70]).

Nach alledem ist die Bedeutung des Wandelungsrechts beim Kauf als lex specialis derart, dass in dem fraglichen Konkurrenzfall die Anwendung der allgemeinen Vorschrift des § 119 Abs. 2 Bgb. ausgeschlossen ist.

Auf Sondervorschriften und Ausnahmefälle innerhalb des Instituts der Sachmängelhaftung ist hier nicht einzugehen, da dieselben für die vorliegende Untersuchung belanglos sind.

[69]) vgl. Akg. 68.
[70]) Motive Bd. II, S. 226.

II. Teil.

Das Verhältnis des Wandelungsanspruches beim Kauf zur Anfechtung des Kaufs wegen Betrugs.

§ 10.

Allgemeines.

Unter zivilrechtlichem Betrug hat man nach der Terminologie des bürgerlichen Gesetzbuches „die arglistige Täuschung" der §§ 123, 124 zu verstehen (vgl. §§ 1334, 2339 Nr. 3 Bgb.). Diese Fassung wurde in der zweiten Lesung[71]) anstelle des im ersten Entwurf angewendeten Ausdrucks „Betrug" gewählt[72]), um gegensätzlich zum Strafrecht den weiteren privatrechtlichen Betrugsbegriff zu betonen[73]).

Auch in der arglistigen Täuschung ist ein Fall zu erblicken, bei welchem ein Irrtum im Motiv beachtlich ist; und zwar dann, wenn dieser Irrtum erregt oder widerrechtlich ausgenutzt wird, um unter dem Einfluss dieses Motivs den Gegner zu einer Willenserklärung zu bestimmen[74]).

---

[71]) vgl. Protokolle Bd. I, S. 119.

[72]) vgl. Entwurf I §§ 103, 104 Abs. 2, Satz 2.

[73]) vgl. Dernburg Bgb. Bd. I § 146 I, Eck a. a. O. Bd. I, S. 148 I, Weyl a. a. O. S. 445, 452 f.

[74]) vgl. Dernburg Bgb. Bd. I § 146 IV 1, Eck a. a. O. S. 148, Kohler a. a. O. Bd. I, S. 522.

§ 11.

Einfluss des arglistigen Verhaltens des Käufers auf seine Haftpflicht.

Die Anfechtung des Kaufs wegen Betrugs deckt sich teilweise mit der Anfechtung wegen Irrtums. Im Hinblick darauf, dass der Betrüger aber nicht die gleiche Rücksichtnahme wie der Gegner einer irrenden Partei verdient, wird der Schutz des Betrogenen dadurch erhöht, dass für ihn das Anfechtungsrecht viel weiter greift als das des Irrenden.

Es bedarf gemäss § 123 Bgb. des in § 119 Abs. 2 Bgb. aufgestellten Erfordernisses der Verkehrswesentlichkeit der Sacheigenschaften ebensowenig wie der objektivverständigen Würdigung des Falles, den Massstab bildet das höchstpersönliche subjektive Denken des Irrenden[75]). Es genügt für den Kausalzusammenhang, dass die Täuschung tatsächlich bestimmend auf die Abgabe der Willenserklärung eingewirkt hat. Eine unverzügliche Anfechtung wie beim Irrtum im Normalfalle ist nicht vorgeschrieben. Die betrogene Partei hat vielmehr eine einjährige Frist von der Entdeckung des Betrugs an.

Im Gegensatz zu dem Irrenden ist der arglistig Getäuschte nicht verpflichtet, den anderen Teil zu entschädigen, selbst wenn dieser ein redlicher Dritter ist[76]).

Wie im ersten Teil dieser Ausführungen gezeigt worden ist, liegt die Bedeutung der Haftung wegen ädilizischer Mängel der Kaufsache in der Präsumtion der Irrtums über solche Eigenschaften, deren Vorhandensein der Käufer anzunehmen berechtigt war.

[75]) vgl. Cosack Bgb. Bd. I, S. 212, 213.
[76]) Protokolle Bd. I, S. 120.

Arglist des Verkäufers erhöht dabei wieder die Gewährleistungspflicht in erheblicher Weise.

Gemäss §§ 460, 463 Bgb. kann der Käufer wegen arglistig verschwiegener Fehler der Kaufsache statt der Wandelung auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, selbst wenn sie ihm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind. Diese Haftung ist unabhängig von einem Verschulden des Verkäufers und kann nicht durch ein pactum de non praestando ausgeschlossen oder beschränkt werden. (vgl. § 476 Bgb.)

Nach § 477 Bgb. sind die dort festgesetzten kurzen Verjährungsfristen bei arglistigem Verschweigen nicht anzuwenden; in diesem Falle behält es bei der gewöhnlichen Verjährungsfrist von 30 Jahren sein Bewenden.

Die zur Erhaltung der Einrede in § 478 Abs. 1 Bgb. und des Rechtes auf Aufrechnung des Schadensersatzanspruches in § 479 Bgb.[77]) erforderte Anzeige ist nach §§ 478 Abs. 2, 479 Satz 2 Bgb.[78]) bei arglistigem Verschweigen nicht nötig.

§ 12.

Arglistige Täuschung und arglistiges Verschweigen. Der Konkurrenzfall.

Die an sich indifferenten Begriffe „Verschweigen“ und „Täuschung“ erhalten durch die Hinzufügung des Wortes arglistig ihren Charakter, der sie zu einer Verschuldensart des bürgerlichen Gesetzbuches macht. Vornehmlich die innere Gesinnung bezeich-

[77]) vgl. bei Viehmängeln § 485 Bgb.
[78]) vgl. § 485 Satz 2 Bgb.

nend, weist das Arglistige auf ein gewolltes unmoralisches und rechtswidriges Verhalten hin[79]).

Die zur arglistigen Täuschung gesteigerte Irrtumserregung wird durch eine schuldhafte Einwirkung auf den Willen des Vertragsgegners hervorgebracht. Diese Einwirkung geschieht positiv durch Entstellung der Wahrheit, also durch Vorbringung falscher Tatsachen oder durch Erregung einer falschen Vorstellung. Sie kann aber auch negativ erfolgen durch Verschweigen der Wahrheit, das im Unterdrücken von Tatsachen, Unterhalten und Benutzen des vorhandenen Nichtwissens oder Falschwissens seinen Ausdruck findet.

Jede auf Täuschung des Käufers gerichtete positive Einwirkung ist als unerlaubter Eingriff in fremde geschützte Interessensphäre stets objektiv rechtswidrig; denn sie verstösst gegen die vom objektiven Recht gebotene Unterlassungspflicht.[80]) Sie gewährt demnach dem getäuschten Käufer stets die Möglichkeit, den Kaufvertrag auf Grund des § 123 Bgb anzufechten und das negative Vertragsinteresse zu fordern. Fraglich ist aber, ob auch eine durch Unterlassung der Aufklärung vollzogene Täuschung rechtswidrig ist.

Es ist einleuchtend, dass Schweigen bei Nichtverpflichtung zum Reden keine Täuschung sein kann. Treu und Glauben können aber im konkreten Fall den im Verkehr stehenden redlichen Menschen zur Aufklärung verpflichten. Die rechtliche Ab-

---

[79]) vgl. Planck Bgb. zu § 123, Gareis Bgb. Bd. I, S. 149 zu § 123, Crome Bgb. Bd. I, S. 439, Endemann Bgb. Bd. I, S. 312, Enneccerus Bgb. Bd. I, S. 185, Leonhard Bd. I, S. 523, Weyl S. 456, No. V.

[80]) Zitelmann Bgb. Bd. I, S. 155.

grenzung ist schwierig, da es kein allgemein geltendes Recht auf unbedingte Wahrheit gibt.[81]) Insbesondere stellt das bürgerliche Gesetzbuch keine Aufklärungspflicht bezüglich der physischen Eigenschaften einer Sache auf. (vgl. dagegen: bei Mängeln im Recht § 444 Bgb. §§ 806 ff. des Handelsgesetzbuches bei der Seeversicherung und im Börsengesetz vom 22. Juni 1896 § 43 für Emissionshäuser). Der Grund ist, dass es beim Kauf dem Erwerber leicht möglich ist, die Sache — im Gegensatz zu ihren rechtlichen Verhältnissen — auf ihre körperlichen Eigenschaften hin zu prüfen. Tut er dies nicht, so befindet er sich in einem Verschulden gegen sich selbst.[82]) — Nutzt der Käufer diesen Umstand aus, so mag das wohl moralisch nicht einwandfrei sein, vom objektiv-rechtlichen Standpunkte aus ist es nicht widerrechtlich: Der Verkäufer hat in diesem Falle keine Aufklärungspflicht und der Käufer kein Anfechtungsrecht auf Grund des § 123 Bgb.

Wird dagegen im konkreten Falle für den Käufer die ordnungsmässige Prüfung der Sache ohne sein Verschulden durch irgend welche Umstände erschwert, und ist somit die Lage der Vertragschliessenden ungleich, so gebietet Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 242 Bgb.), dass der Verkäufer seine bessere Lage nicht ausnutzt; in solchen Fällen besteht für letzteren eine Aufklärungspflicht. Unterlässt er die Aufklärung und beutet den Irrtum des Käufers aus, so ist seine Täuschung arglistig: Der Käufer kann

---

[81]) vgl. Seufferts Archiv Bd. 35, No. 107, Bd. 56, No. 4.
[82]) Zitelmann Bgb. Bd. I, S. 166.

dann seine Willenserklärung auf Grund des § 123 Bgb. anfechten.

Innerhalb des Gewährleistungsrechts wird die Haftung des Verkäufers durch arglistiges Verschweigen eines Fehlers erhöht. (§§ 460, 463, 476, 478, 480, 485 Bgb.. Die Wirkung des arglistigen Verschweigens bezieht sich hier sowohl auf das Vorhandensein von Fehlern, als auch auf das Nichtvorhandensein von zugesicherten Eigenschaften.[83])

Im Gewährleistungsrecht geht aber m. E. die Aufklärungspflicht des Verkäufers nach einer Richtung hin weiter als in den Fällen, wo sie auch für die arglistige Täuschung aus § 123 Bgb. in Betracht kommt. — Soweit die Haftpflicht des Verkäufers sich erstreckt, soweit dürfte allgemein auch seine Aufklärungspflicht anzunehmen sein. Letztere geht hiernach in jedem Falle auf Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder nicht unerheblich mindern. — Dann gleicht das Schweigen des Verkäufers einem Versuch, sich der vom Gesetz ihm auferlegten Haftpflicht für die bestimmten Mängel zu entziehen.

Diese Ansicht entspricht dem von Haager[84]) aufgestellten Satze, dass stets in den Fällen, in welchen im Zivilrecht eine Nichtigkeits- oder Entschädigungsklage gegeben ist, eine Verletzung der Rechtspflicht zu reden vorliegt. Des weiteren findet der hier vertretene Standpunkt für das gemeine Recht in der Entscheidung des Reichsgericht Bd. 31 Seite 163 seine Stütze: nach welcher der Verkäufer

[83]) vgl. Staudinger Bgb. Bd. II, S. 113, No. 3.
[84]) Im „Gerichtssaal" Bd. XVII, S. 575.

nach Treu und Glauben schlechthin verpflichtet sein soll, die ihm bekannten wesentlichen Mängel des Kaufgegenstandes vor dem Vertragsschluss dem Käufer mitzuteilen, und er im Falle der Unterlassung wegen Arglist haftet. — Die dort auf Treu und Glauben gestützte Pflicht gilt auch in erhöhtem Masse für das bürgerliche Gesetzbuch auf Grund der positiven Vorschriften der §§ 157, 242.

Als arglistiges Verschweigen ist es weiterhin anzusehen, wenn der Verkäufer die Abwesenheit eines im bekannten Fehlers unmittelbar behauptet oder zusichert.[85]) In solchen Fällen ist die das Verschweigen begleitende positive Enwirkung in der Abgabe der Zusicherung und in der Gewährleistung selbst zu finden; da hierdurch der Käufer von einer genaueren Untersuchung des Gegenstandes abgelenkt werden soll. — Der Verkäufer handelt also rechtswidrig, der das Geeignetsein eines Pferdes für Sportzwecke versichert, um dadurch zu verhehlen, dass es leicht stürzt oder gar durch einen Sturz schon fehlerhaft geworden ist.

Wenn dagegen der Verkäufer bereits vor Abschluss des Vertrages allgemein auf die Fehlerhaftigkeit der Ware hingewiesen hatte (z. B. durch die Ankündigung: „Verkauf minderwertigen Fleisches", „durch Wasser beschädigte Waren"), so entfällt die Aufklärungspflicht, auch wenn es sich um Fehler ädilizischer Eigenschaften handeln sollte. Das Schweigen des Verkäufers ist dann nicht rechtswidrig.

Für das Verhältnis zwischen arglistigem Verschweigen und zivilrechtlichem Betrug ergibt sich

[85]) vgl. Staudinger zu § 460 Bgb. No. 3a, S. 81, RG. Bd. 62, S. 300 ff. und bei Gruchot Bd. 48, S. 336.

hiernach in zusammenfassender Wiederholung vorstehender Untersuchungen bezüglich der objektiven Rechtswidrigkeit: Beim Verschweigen betrifft die Aufklärungspflicht des Verkäufers regelmässig die ädilizischen Eigenschaften; bei der arglistigen Täuschung besteht dagegen nur dann eine Aufklärungspflicht, wenn dies in concreto durch eine erschwerte Prüfung seitens des Käufers bedingt wird.

Für das subjektive (innere) Verhalten des Handelnden darf sowohl im Falle des § 123 Bgb. wie auch des § 460 Bgb. als feststehend angenommen werden, dass nur Vorsatz in Frage kommen kann. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortsinn des Ausdrucks „arglistig". Ein bloss fahrlässiger oder grobfahrlässiger Verstoss gegen Treu und Glauben reicht nicht aus.[86])

Bei der Täuschung wie beim Verschweigen muss der Irrtum kausal für die Willenserklärung gewesen sein. Zu berücksichtigen ist, dass ein arglistiges Verschweigen ausser beim Kaufabschluss auch bei der Erfüllung des Kaufvertrages in Betracht kommen kann. In diesem Fall ist weder ein Kausalzusammenhang zwischen dem arglistigen Verschweigen und der Annahme der gekauften Sache erforderlich noch überhaupt eine vollendete Täuschung des Käufers. Denn hier ist das arglistige Verschweigen nicht wegen der vollendeten Täuschung, sondern wegen der darin zu erblickenden Vertragsverletzung des Verkäufers von rechtlicher Erheblichkeit. Voraussetzung ist nicht, wie beim arglistigen Verschweigen gelegentlich des Vertragsschlusses, dass der Käufer das dolose Verhalten

[86]) vgl. RG. Bd. 55, S. 214 ff., Bd. 62, S. 302.

des Verkäufers bei der Annahme nicht kennt, sondern, dass er bei Kenntnis unter Vorbehalt annimmt.[87])

Was die Beziehung zwischen dem subjektiven Verhalten und dem Erfolg angeht, so genügt zum Vorsatz nach der in der Praxis und Literatur[88]) auch für das bürgerliche Gesetzbuch vorherrschenden „Vorstellungstheorie"[89]), dass der Handelnde den Eintritt des Erfolgs auch nur für möglich hielt (dolus eventualis)[90]). Dies gilt sowohl für § 123 Bgb. wie für § 460 Bgb.

Der Erfolg wird regelmässig für den arglistig verschweigenden oder arglistig täuschenden Verkäufer ein günstiger, für den getäuschten Käufer ein schädlicher sein. Wie aber die Schädigung des Käufers weder zum Tatbestand des arglistigen Verschweigens noch der arglistigen Täuschung gehört, so ist auch die Vorstellung eines derartigen Erfolges nicht Tatbestandsmerkmal der §§ 123 und 460 Bgb.

Da eine Täuschung nur zwischen den noch nicht vertraglich verbundenen Parteien „arglistig" im Sinne des § 123 Bgb. ist, so kann der entscheidende Zeitpunkt, mit welchem die arglistige Täuschung vollendet wird, nur vor dem Vertragsschluss liegen.

Beim arglistigen Verschweigen ist zwischen Spezies- und Genuskauf zu scheiden. Bei ersterem fällt die Täuschung ebenfalls vor dem Kaufabschluss;

[87]) vgl. RG. Bd. 55, S. 240 f.

[88]) vgl. bes. RG Bd. 62, S. 302, Cosack Bgb. Bd. I, § 71 2a, Abs. 1 a. E.

[89]) Zitelmann Bgb. Bd. I, S. 156.

[90]) Im Gegensatz zur Willenstheorie, nach welcher sowohl das äussere Verhalten als auch der Erfolg gewollt sein muss.

beim Genuskauf ist eine Einwirkung noch erheblich bis zu dem Zeitpunkt, zu welchem die Gefahr übergeht (§ 480 Abs. 2 Bgb.), da erst dann die Bestimmung der Einzelsache zur Leistung erfolgt (vgl. §§ 446, 447, 300 Abs. 2 Bgb.)[91]).

Die Beweislast regelt sich bei der arglistigen Täuschung derart, dass der auf Grund derselben den Kaufvertrag Anfechtende das objektiv-rechtswidrige Verhalten der Gegenseite zu beweisen hat, wie auch weiterhin, dass der Gegenkontrahent im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit in dem Anfechtenden einen Irrtum erregt oder nicht aufgeklärt hat und endlich, dass der Irrtum für die abgegebene Willenserklärung kausal war. Der Nachweis eines Schadens ist für § 123 Bgb. nicht erforderlich.

Diese Regeln finden entsprechende Anwendung auf den Beweis für das Vorliegen „arglistigen Verschweigens" mit der Besonderheit, dass der Eintritt eines Vermögensschadens nur bewiesen zu werden braucht, wenn auf Grund der §§ 463 und 480 Bgb. Schadensersatz verlangt wird.

Fraglich ist, ob der Käufer bei arglistigem Verschweigen des Verkäufers auch berechtigt ist, den Kaufvertrag auf Grund des § 123 Bgb. anzufechten und das negative Vertragsinteresse zu fordern. Crome[92]) will in diesem Falle dem Käufer „regelmässig" auch die Anfechtung gewähren. — Hiervon kann m. E. aber dann nur die Rede sein, wenn der weitere Tatbestand des arglistigen Verschweigens in concreto dem engeren der arglistigen Täuschung entspricht. — Im Gegensatz zum Irrtum im Normal-

[91]) vgl. Motive Bd. II, S. 243, Schiedges a. a. O. S. 21.

[92]) Bgb. Bd. II, S. 444, Akg. 5, vgl. Kipp bei Windscheid Bd. II, S. 655, Akg. 9.

fall hat beim arglistigen Verschweigen, das im konkreten Fall zugleich „Betrug“ im Sinne des § 123 Bgb. ist, der Käufer die Wahl, den allgemeinen Rechtsbehelf oder den besonderen des § 463 Bgb. geltend zu machen. Die Erwägungen, welche den Schluss rechtfertigen, dass der Gesetzgeber in dem Konkurrenzfall zwischen der Anfechtung des Kaufs wegen Irrtums und der Wandelung die Wandelung allein hat gelten lassen wollen, treffen bei der Konkurrenz zwischen §§ 123 und 463 Bgb nicht zu. Im übrigen stellt auch die Spezialvorschrift des § 463 Bgb., welche dem Käufer statt der Wandelung einen Anspruch auf sein positives Vertragsinteresse gewährt, der Bestimmung des § 123 Bgb. gegenüber sich als ein plus dar.